

ARBITRATO DI EQUITÀ E RINEGOZIAZIONE DEI CONTRATTI INCISI DALLA EMERGENZA

di **ANTONIO BRIGUGLIO**

Editoriale del 03 febbraio 2021

ISSN 2420-9651

Lo scritto prospetta il ricorso all'arbitrato rituale di equità al fine di consentire al giudicante quella “pronuncia costitutiva rinegoziante” che deve ritenersi de iure preclusa al giudice, e che è tuttavia sul piano pratico particolarmente adatta a superare la crisi dei contratti squilibrati dalla attuale emergenza. Si illustrano i vantaggi di questa soluzione rispetto ad altre ADR. Si propone un modello di convenzione arbitrale tipo. E si conclude auspicando una riflessione sulla possibilità di introdurre ed implementare una sorta di “arbitrato dal giudice”.

1. Una ormai nota “Relazione tematica” dell'Ufficio del Massimario, data alla luce nell'estate 2020 (n. 56 del 14 luglio 2020 in www.cortedicassazione.it), ha proposto – in guisa di soluzione all'indubbio e pressante problema degli squilibri contrattuali indotti dalla emergenza pandemica - questa sequenza: *a)* esiste, fondato sui generali principi di buona fede e solidarietà sociale, un vero e proprio obbligo giuridico di rinegoziazione dei contratti squilibrati da sopravvenienze rilevanti ed imprevedibili; *b)* la sanzione della violazione di tale obbligo non è puramente (e problematicamente riguardo alla prova del nesso causale e del danno) risarcitoria, potendo invece la controparte interessata richiedere e ottenere una pronuncia costitutiva [ex art. 2932 c.c.](#) che tenga luogo del nuovo e modificato assetto contrattuale non raggiunto dalla autonomia privata.

Ho dissentito, sommariamente (perché in proposito il dibattito è lungo e articolato), riguardo al presupposto *sub a)*; ma soprattutto ho dissentito energicamente rispetto alla conclusione operativa ed innovativa *sub b)*, che seguito a ritenere eterodossa e pericolosa (*Contro il paternalismo giudiziario a spese della autonomia dei privati*, in Giustiziacivile.com, 10, 2020). E non credo di essere il solo.

La questione è aperta. Ma ritengo e soprattutto spero che ove mai il dibattito si sviluppi nelle aule di giustizia togata la soluzione della “sentenza costitutiva rinegoziante” sia destinata a sicura ripulsa (un esempio fra svariati in tal senso è già nella ordinanza del Trib. Roma, sez. VI, 15 gennaio 2021, n. 55147, giudice Corrias).

Con il che la parte contrattuale pregiudicata dalle sopravvenienze non resterà affatto sguarnita, avendo a disposizione un codice civile ed una inerente “classica” e ortodossa elaborazione giurisprudenziale che non sono affatto da buttar via, né sono affatto appiattiti sul brutale rimedio risolutorio [ex art. 1467 c.c.](#), bensì vanno soprattutto: *i)* dall'adeguamento sostanzialmente consentito – mediante sentenza dichiarativa ed ove un qualche appiglio “interpretativo” vi sia – dal canone di interpretazione secondo buona fede [ex art. 1366](#) (ma si v. anche i benefici influssi dell'[art. 1367 c.c.](#)) o indirettamente dall'[art. 1375 c.c.](#) (esecuzione secondo buona fede), entrambi – a mio sommo avviso – rafforzati e non oggettivamente ampliati (affinché non si incorra in invasione di campo rispetto alla “decisione della lite” secondo equità [ex art. 114 c.p.c.](#)) dall'[art. 1374 c.c.](#) nella parte in cui si riferisce alla integrazione del contratto secondo equità, da affermarsi comunque sempre con pronuncia dichiarativa; *ii)* all'applicazione, se del caso elastica e ragionevole delle norme e dei principi in tema di impossibilità

anche parziale e momentanea della prestazione con imprescindibile rifluenza sulla controprestazione ([art. 1464 c.c.](#)); *iii*) a quella pregnante, e forse trascurata, ipotesi di sentenza schiettamente costitutiva “sul contratto” che è esibita dall'[art. 1467, comma 3, c.c.](#), il cui ambito, pur condizionato alla iniziativa risolutoria assunta dall'attore, è tuttavia ampliato dalla possibilità ritenuta da parte della giurisprudenza che il convenuto, nell’“eccepire” la riconduzione ad equità, si rimetta integralmente alla discrezionalità del giudice e cioè formuli una offerta di riconduzione ad equità generica, o per lo meno – e come preferirei – che il giudice, pur restando sui binari di massima necessariamente indicati dal convenuto, aggiunga, sottragga o modifichi nello specifico, dovendosi intendere in modo particolare la corrispondenza fra il chiesto ed il pronunciato in questo particolarissimo caso.

2. Mi rendo però perfettamente conto di come le sopra elencate ed altre possibili opportunità di adeguamento alle sopravvenienze, ed in specie a quelle imprevedibili ed emergenziali, possano non bastare, e che in molti casi la soluzione economica più “giusta”, perché il contratto continui a vivere in modo equilibratamente utile e produttivo per entrambe le parti con conseguenti benefici anche per le dinamiche del mercato di riferimento, sarebbe davvero quella di ripensare e novare sul serio il rapporto, rinegoziarlo appunto. E certo, se le parti non pervengono da sole a questo risultato (la spontanea rinegoziazione è stata subito segnalata dall'autorità di Natalino IRTI come via elettiva e più produttiva: *Il diritto pubblico e privato in un'epoca che fa eccezione*, su *IlSole24ore*, 5 maggio 2020), chi meglio di un terzo imparziale potrebbe giungervi in loro luogo (nessuno volendo ovviamente affidarsi al caso...oltretutto sarebbe difficile perfino stabilire cosa inserire nei bussolotti per il sorteggio).

La mia ferma ripulsa rispetto all'idea che un simile compito sia, *secondo diritto*, affidabile al potere costitutivo del giudice è dovuta a due fondamentali ragioni di fondo (al di là di quelle più strettamente tecnico-giuridiche, o se si vuole queste due ragioni di fondo, di tipo insieme ideologico e pratico, sono quelle che mi spingono a dire di no avvalendomi il più possibile e ad oltranza di strumenti tecnico-giuridici).

La prima ragione è quella ben nota di evitare che il paternalismo del giudicante eroda ulteriormente (più di quanto non è già possibile o di fatto tangibile nel nostro ed in svariati moderni ordinamenti) l'area della privata autonomia.

La seconda ragione è che i contratti non sono tutti uguali né così strutturalmente

semplici come quelli di locazione (con i quali soprattutto ci si sta affacciando per ora nell'ambito della "COVID Litigation"), e neppure i giudici sono tutti uguali; e che pertanto sarei molto ma molto prudente nell'affermare una *regula iuris* che da qui in futuro, ed in relazione ad altre possibili emergenze (oggi il Covid, domani i marziani o anche solo un inverno particolarmente rigido o un'estate particolarmente calda), affidi un potere costitutivo di adeguamento al "giudice medio", da esercitarsi (senza controllo in Cassazione né quanto alla verifica dei fatti presupposti né quanto alla selezione discrezionale degli effetti novativi) quale apprendista stregone, anche su contratti particolarmente complicati, delicati ed importanti nello scenario complessivo del mercato, contro la volontà di almeno una delle parti ed in molti casi al di sopra ed al di là della aspettative e delle reali esigenze di entrambe.

3. Cosa c'entra con ciò l'arbitrato?

A prima vista niente, perché sul piano ideologico ed empirico la prima delle due ragioni è intatta anche pensando agli arbitri; e la seconda è solo minimamente ridimensionata (non che non esista anche l'"arbitro medio", o che la media degli arbitri sia di gran lunga superiore a quella dei giudici, o che anche fra gli arbitri come fra i giudici dello Stato non si riscontri una variegata campionatura: dallo studioso probo, esperto della vita e del mercato, saggio e possibilmente anziano, a quello al quale non affideresti neppure l'amministrazione di un piccolo condominio, figurarsi se il compito di pasticciare con un contratto; ma il fatto è che il giudice "ti capita", l'arbitro direttamente o indirettamente te lo scegli o contribuisce a sceglierlo, ed è ciò che attenua, ma solo di un filo, la seconda ragione).

Soprattutto e comunque è ovvio che *de iure* - e come si è da ultimo confermato anche nel corso del recentissimo Congresso su "Arbitrato e pandemia" organizzato dall'AIA (Roma, 11 dicembre 2020) a partire dalla bella relazione di Enrico Gabrielli, che lo ha aperto (*Il contenzioso dei contratti e l'arbitrato interno*) e poi in quella altrettanto pregevole di Franco Ferrari (*Il contenzioso dei contratti e l'arbitrato internazionale*) e nel dibattito seguito - al giudicante arbitro non è dato tendenzialmente, salve diversità pragmatiche o di costume, fare nulla di diverso, in termini di manutenzione o adeguamento del contratto alle sopravvenienze, rispetto a ciò che potrebbe fare il giudice statale chiamato ad applicare il medesimo diritto sostanziale che l'arbitro debba applicare (compresi all'occorrenza strumenti di *soft law* transnazionale come i *Principi*

Unidroit, i quali si rivelano a volte provvidenziali ma a volte vaghissimi o poco utili). E perciò ed in particolare all'arbitro che applichi il diritto civile italiano va preclusa la “pronuncia costitutiva rinegoziante” se essa é – come credo e spero – preclusa al giudice.

Questo è però a dirsi dell'arbitrato *secondo diritto*. Non invece dell'arbitrato *secondo equità*, che ha margini ben più ampi e tali da ricomprendere anche la “famigerata” (per me) o “benemerita” (perfino per me nei congrui casi) “pronuncia costitutiva rinegoziante”.

Ecco che l'arbitrato rituale di equità può rappresentare – ben inteso sulla base del non frequentissimo ma neppure chimerico consenso delle parti, in imbarazzo di fronte alla emergenza che incide sul contratto e non in condizione o non più in condizione di superare l'imbarazzo da sole – un utilissimo viatico anticrisi. E la “pronuncia costitutiva rinegoziante”, che l'arbitro rituale di equità sarebbe chiamato nei congrui casi a rendere, esibirebbe solo le sue virtù elasticamente solutorie, senza inappropriato carattere sanzionatorio e soprattutto senza i vizi intrinseci che corrispondono alle due ragioni di fondo che mi hanno condotto ad energica reazione quando si è prospettata l'idea di consentire “secondo diritto” quella pronuncia al giudice. Perché entrambe quelle ragioni risulterebbero superate da ciò che sarebbero le parti *d'accordo* ad affidarsi al saggio paternalismo di un giudicante *da loro scelto*; (in differente prospettiva – quella del soccorso alla giustizia ordinaria in caso di overload da “Covid Litigation” anche al di fuori della materia contrattuale – ci si può riferire ovviamente all'arbitrato, e secondo me specialmente per il micro e medio contenzioso ad un arbitrato istituzionalmente diverso dal “normale” arbitrato *ad hoc* o amministrato: rinvio a *La possibile epidemia litigiosa e la giurisdizione italiana*, in *Il Processo*, 2020, 373 ss., spec. 399 ss.).

Le virtù sono evidenti: da un lato, il deferimento della controversia ad un arbitro rituale assicura il massimo di immancabilità ed al contempo il massimo di efficacia della decisione rispetto alle ADR non aggiudicative (negoziante assistita, media-conciliazione). D'altro lato l'affidamento all'arbitro di decisione equitativa consente – se le parti lo vogliono – di superare le difficoltà in cui attualmente i giudici dello Stato si dibattono riguardo alle opportunità di intervento sul contratto ed ai limiti di un tale intervento.

Nella sostanza si tratta di affidare all'arbitro sostanziali poteri di rinegoziazione novativa ed in generale di adeguamento del contratto (da esercitarsi ovviamente con prudenza e

quando davvero la situazione lo richieda: ma ciò è garantito pressoché solo dalla fiducia che i compromittenti abbiano nell'arbitro che si scelgono); poteri però che l'arbitro eserciterebbe immancabilmente ed in via decisoria ed aggiudicativa, e con efficacia di sentenza e non con l'efficacia puramente negoziale che potrebbe essere attinta - ammesso che il tentativo vada a buon fine e dunque non sempre anzi raramente - attraverso una semplice negoziazione o conciliazione. E sul piano psicologico o se volete subliminale vi è anche da considerare che di fronte ad emergenza considerevole e stravolgente quale quella in atto le parti dotate di un minimo di decenza e buona fede sono più facilmente d'accordo sull'*an* (e cioè sulla necessità nel comune interesse) di un qualche sostanzioso ripensamento del rapporto contrattuale (ad esempio per evitare il tracollo dell'una ed insieme la radicale insoddisfazione anche esecutiva dell'altra), ma sono ben meno propense a trovarsi d'accordo sul *quomodo*. È dunque meglio sfruttare la propensione iniziale all'accordo per innescare un procedimento aggiudicativo nel quale il terzo renda, senza necessità alcuna di accordo successivo, una decisione pressoché insindacabile, piuttosto che relegare alla fine, e quando il terzo prospetta o comincia a prospettare la soluzione in una ADR non aggiudicativa, la vana speranza che le parti si trovino d'accordo.

Quanto all'alternativa dell'arbitraggio (una autentica via di mezzo fra ADR aggiudicative e non aggiudicative), essa è certamente utile quando il negozio novativo che l'arbitratore debba integrare sia già definito con una qualche specificità, quando cioè la rinegoziazione adeguatrice sia stata già in qualche modo “tassata” di comune accordo dalle parti, riguardo a clausole da modificare ed a limiti della modifica (e ad esempio al terzo ingegnere resti da stabilire in concreto le nuove modalità del servizio di manutenzione di un impianto industriale e le conseguenti nuove scadenze per i relativi pagamenti). Ma se l'imbarazzo e la divergenza sull'adeguamento sono radicali, e comune ad entrambe è però la consapevolezza che la cosa vada risolta attraverso la saggezza di un terzo imparziale e fuori dalle aule di tribunale, allora è assai più utile affidarsi all'arbitro rituale di equità. Perché a parte la difficoltà occasionale di costruire un negozio novativo effettivamente idoneo e cioè ad oggetto determinabile pur se offerto alla eteroingegrazione, il problema è che questa eteroingegrazione potrà e dovrà essere assai consistente e dunque particolarmente idonea a suscitare in una qualsiasi delle parti la ribellione del poi; ed allora è meglio che la decisione del terzo sia – come è quella dell'arbitro rituale di equità rispetto a quella dell'arbitratore – più pesante quanto

ad effetti e meno attaccabile in via impugnatoria.

4. Questo è un possibile ed elementare modello di compromesso, ovviamente suscettibile di arricchimento, specificazioni e modifiche a seconda dei casi concreti.

I sottoscritti ecc.....,

premesso che è fra loro insorta controversia riguardo al contenuto, all'efficacia ed alla esecuzione del contratto di....., tra loro corrente e stipulato condel.....;

premesso che tale controversia trova origine anche nelle circostanze relative alla emergenza sanitaria da cd. COVID 19 e nelle conseguenti misure di contenimento;

deferiscono

la suddetta controversia ad un arbitro unico nella persona del..... [ovvero: che sarà designato secondo le norme del Regolamento....], il quale procederà e deciderà come arbitro rituale [secondo il Regolamento.....];

conferiscono

al suddetto arbitro, ai sensi e per gli effetti dell'[art. 822 c.p.c.](#), l'autorizzazione a decidere la controversia secondo equità, e pertanto gli conferiscono ogni potere di accertamento, di condanna o costitutivo e/o modificativo del contratto egli ritenga di dover esercitare nella sua decisione, sulla base delle domande, eccezioni, difese e deduzioni delle parti, dei fatti accertati e della sua valutazione equitativa;

[concordano fin d'ora che l'arbitro unico svolga anzitutto un tentativo di conciliazione, recependo, in caso di esito positivo, nel lodo il risultato della conciliazione];

fissano la sede dell'arbitrato in

stabiliscono fin d'ora che a cura di una qualsiasi delle parti la presente convenzione arbitrale, redatta e sottoscritta in duplice originale, sarà trasmessa all'arbitro unico.....per l'avvio del procedimento [ovvero: alla Camera arbitrale.... per la designazione dell'arbitro e l'avvio del procedimento].

Questo compromesso-tipo potrebbe ovviamente anche essere adeguato nella forma di una clausola compromissoria accessoria ad un qualsivoglia contratto facendo riferimento a sopravvenienze emergenziali solo genericamente indicate, ma la cosa è alquanto complessa e delicata, mentre è più semplice e meno problematico il suo impiego in forma di compromesso per lite attuale e già insorta in questo sfortunato periodo.

5. L'utilità del ricorso al giudizio equitativo, piuttosto che a quello secondo diritto, è intuitiva ed è duplice.

In primo luogo, è vero che il lodo di equità e quello di diritto soggiacciono oggi sostanzialmente al medesimo regime impugnatorio: normale insindacabilità per violazione di legge sostanziale, salva “in ogni caso” la “contrarietà della decisione all'ordine pubblico” di cui dice l'[art. 829, comma 3 c.p.c.](#); e dunque pur essendo in prima battuta – almeno secondo me – la “pronuncia costitutiva rinegoziante” (fuori dai ristretti limiti [ex art. 1467, comma 3, c.c.](#)) un evidente errore di diritto per violazione degli [artt. 2908 e 2932 c.c.](#) ed altro, nondimeno un tale errore sarebbe insindacabile anche se commesso dall'arbitro di diritto. Ma quando, nel corso del dibattito occasionato dal Congresso di cui sopra, ho detto che in ciò soprattutto stava *de facto* la differenza fra quello che può fare il giudice quello che può fare l'arbitro di diritto, Giorgio De Nova mi ha garbatamente rimbrottato facendomi osservare che gli arbitri per bene (e dunque la stragrande maggioranza degli arbitri) non violano la legge sostanziale sol perché la violazione è al riparo da sindacato impugnatorio. Accetto ben volentieri il rimprovero e mi pento di ciò che ho detto. E per l'appunto: l'autorizzazione a decidere secondo equità libera gli arbitri da quasi ogni laccio perché a quel tipo di soluzione decisoria (giustificata dai fatti, accertati non diversamente che in un arbitrato di diritto, e da una percepibile motivazione equitativa) non corrisponderà per definizione alcun *error iuris*. In secondo luogo, non si può negare che l'[art. 2908 c.c.](#) sia disposizione inderogabile (perché se fosse derogabile sarebbe evidentemente disposizione priva di senso). E non si può dunque essere sicuri che qualcuno non sostenga che una “pronuncia costitutiva rinegoziante” non sia solo un *error iuris* ma una “decisione contraria all'ordine pubblico”, dando in ciò peso (forse incongruo) alla differenza lessicale fra contrarietà – rispetto all'ordine pubblico – della “esecuzione della sentenza” o della “decisione”. Ma a questo punto riterrei comunque che in materia di diritti contrattuali disponibili ogni possibile profilo di contrarietà all'ordine pubblico sia eliso dal conferimento concorde e volontario al giudicante del potere di risolvere la controversia anche attraverso la modifica del contratto, modifica che le parti hanno *a priori* già voluto nell'*an* come eventuale se necessariamente rispondente al criterio equitativo solutorio individuato dal giudicante (e non credo che ciò, rispetto al complesso della controversia ed alla corrispondente funzione affidata all'arbitro, trasformi il suo ruolo in quello di un arbitratore e la sua pronuncia, sul piano effettuale, in un arbitraggio). È perciò che nel

compromesso-tipo sopra proposto la autorizzazione a decidere secondo equità è tuzioristicamente “raddoppiata” dalla attribuzione di poteri costitutivi e/o modificativi del contratto.

6. In ultimo è appena il caso di osservare che ciò che vale per l'arbitro di equità varrebbe anche per il giudice civile di equità (decisoria e sostitutiva) abilitato dall'accordo delle parti [ex art. 114 c.p.c.](#) Sennonché qui risorge la difficoltà anzitutto pratica data dal fatto che il giudice-persona fisica non si sceglie e che perciò un accordo preventivo fra le parti in quel senso è del tutto irrealistico, ed un accordo successivo alla instaurazione della controversia ed alla designazione del giudice sarebbe di ben difficile raggiungibilità sul versante psicologico e darebbe sovente luogo anche a qualche (pur superabile) complicazione tecnico-giuridica in ordine alla verosimile necessità di ridefinire l'oggetto del processo.

In realtà, di fronte all'emergenza pandemica ed alla conseguente emergenza litigiosa sui contratti, un Ministero dotato di un po' di fantasia e coraggio antiburocratici avrebbe potuto (potrebbe ancora ?) farsi promotore di un apparato normativo, regolamentare ed organizzativo – speciale ed emergenziale – atto a consentire una selezione, almeno presso i grandi tribunali, di magistrati “rinegoziatori” dotati di grande competenza ed esperienza ed ovviamente in nulla esentati dal carico di ruolo ordinario. Entro elenchi siffatti le parti d'accordo potrebbero scegliere la persona fisica di comune fiducia alla quale affidare l'esercizio dei poteri a 360 gradi di cui sopra si è detto, in sede di giudizio giudiziale di equità ovvero di “arbitrato rituale del giudice”. Entrambe queste due strade avrebbero richiesto e richiederebbero probabilmente norme primarie integrative o in deroga rispetto all'[art. 114 c.p.c.](#) o rispetto alla disciplina dello statuto del giudice quale pubblico impiegato. Ma, insomma, l'emergenza o c'è o non c'è. E se c'è davvero e se dunque più o meno legittimamente, e pur se in modo raffazzonato ed a volte perfino tragicomico, ci è stato impedito, a tacere di molto altro e di più importante, di uscire di casa, di viaggiare e di andare a teatro (altro che normicine in deroga!: autentica soppressione di sicuri diritti costituzionali in nome di altri valori costituzionali *forse* esistenti e *forse* momentaneamente prevalenti), allora qualche altra deroga sarebbe stata e sarebbe ben possibile.

Dopo di che sull’“arbitrato del giudice” preservante il più possibile la facoltà di scelta concorde delle parti – un *court annexed arbitration* all'italiana, fuori dalla ipocrisia della

conciliazione delegata e dalla puerile vacuità della leggina cartacea di qualche anno fa sulla “degiurisdizionalizzazione” – bisognerà comunque tornare a riflettere anche fuori dall'emergenza ed anche fuori dall'ambito dell'adeguamento dei contratti alle sopravvenienze.

Perché la concorrenza è l'anima del commercio.

Perché nessuno dubita delle doti di sapienza giuridica e di intelligenza pratica e di equilibrio dei “grandi arbitri”; ma il carisma istituzionale dei “grandi giudici” ed il *metus* che essi possono incutere ai fini di uno svolgimento davvero *fair* di quel meccanismo delicatissimo e fragile che è il procedimento arbitrale (ed oltretutto a costi più contenuti) non è merce da sprecare.

Tutto sta a selezionarli questi “grandi giudici” ed al come selezionarli. Ed è questo il problema politicamente e tecnicamente più difficile, ma non certo insormontabile con una qualche spregiudicatezza (se non si vuole essere troppo spregiudicati si potrebbe forse cominciare dai magistrati prematuramente pensionati assicurando il collegamento istituzionale ed organizzativo dell'esercizio delle loro funzioni al tribunale ed all'ufficio del giudice).

Ed infine perché sarebbe davvero ora, nel rispetto formale e ragionevole della distinzione “solo per funzioni”, che un po' di concorrenza meritocratica fosse implementata anche fra i nostri valorosi magistrati, in modo che a poco a poco, dietro al burocrate voluto dagli assolutismi che hanno condotto alle moderne democrazie, ricominciasse ad affiorare il giudice-professionista (tanto caro a Nicola Picardi storico, e fors'anche a Nicola Picardi acutissimo processualista ed acutissimo avvocato): non dico proprio Baldo degli Ubaldi, ma qualcosa di simile.

Mi rendo perfettamente conto che si tratta di un percorso estremamente arduo e denso di controindicazioni pratiche, per evitare le quali il percorso tecnico sarebbe vieppiù arduo, in primo luogo quando si tratterebbe di disciplinare puntualmente le successive incompatibilità del “giudice-arbitro”. Ma l'emergenza sanitaria – fors'anche perché si sta molto chiusi in stanza – serve appunto per superare la routine e scatenare la fantasia.